



CENTRO DI ECCELLENZA IN DIRITTO EUROPEO
"GIOVANNI PUGLIESE"

QUESTIONI VECCHIE E NUOVE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ

a cura di
LUIGI GAROFALO

ESTRATTO



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2011

TOMMASO DALLA MASSARA

ACCETTAZIONE DI ADEMPIMENTO PARZIALE
A SALDO E CON RISERVA DI SALDO:
VICENDE DELL'OBLIGAZIONE
E DELIMITAZIONI DELLA RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. L'accettazione dell'adempimento parziale da parte del creditore: i profili generali del tema. – 2. L'accettazione dell'adempimento parziale a saldo. – 3. L'accettazione dell'adempimento parziale con riserva di saldo. – 4. L'accettazione dell'adempimento parziale con riserva di saldo come atto che non necessita di accordo, bensì basato sul 'non rifiuto' del creditore. – 5. La struttura dell'art. 1181 cod. civ.: dovere di adempiere integralmente e facoltà di rifiuto dell'adempimento parziale. – 6. Gli effetti parzialmente estintivi dell'adempimento parziale e la distinzione tra prestazioni divisibili e indivisibili: una possibile (ma, per gli esiti cui conduce, non accoglibile) lettura della disposizione. – 7. La facoltà di rifiuto dell'adempimento parziale nei diversi casi della prestazione divisibile e indivisibile. – 8. Art. 1181 cod. civ. e art. 1460 cod. civ.: divisibilità della prestazione e limite di buona fede all'esercizio della facoltà di rifiuto.

1. *L'accettazione dell'adempimento parziale da parte del creditore: i profili generali del tema.*

Il fenomeno che intendo collocare al centro di queste riflessioni è quello dell'adempimento parziale che venga offerto dal debitore e accettato dal creditore: si pongono però problemi differenti in ragione del fatto che il creditore, secondo quel che ritenga preferibile, riceva l'adempimento parziale considerandolo soddisfacente oppure lo accetti riservandosi di ottenere il residuo fino all'estinzione dell'intero debito. Nel primo caso, per esempio, Tizio – sapendo delle difficoltà finanziarie di Caio – decide di accontentarsi del pagamento di 90 rispetto ai 100 dovuti; nel secondo, Tizio accetta 50, ma attende di ricevere gli ulteriori 50.

Si tratta di ipotesi nient'affatto infrequenti nella prassi, delle quali tratterò distintamente, parlando nel primo caso di adempimento parziale a saldo e, nel secondo, di adempimento parziale con riserva di saldo.

Nelle non numerose sentenze di legittimità in argomento si rileva che in ciascuna delle due ipotesi, affinché l'accettazione produca effetti (poi si vedrà meglio di qual tipo), deve sussistere la volontà del creditore, precisandosi anzi la necessità che quest'ultima trovi espressione in modo chiaro e inequivoco¹.

L'ammissibilità dell'accettazione di un adempimento non completo (a saldo o con riserva di saldo) poggia sulla logica premessa della disponibilità dell'interesse creditorio all'integrità dell'adempimento medesimo; ovvero, all'esito di tale ammissibilità si giunge – per usare altre parole, ma senza che muti la sostanza del discorso – muovendo dal pieno riconoscimento dell'autonomia privata sul terreno degli effetti liberatori dell'adempimento.

La norma che occorre tener presente quale punto di riferimento in materia è rappresentata dall'art. 1181 cod. civ. sull'adempimento parziale: «il creditore può rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente»².

Si aprono non lievi questioni in ordine alla ricostruzione giuridica del fenomeno, nella duplicità degli esiti evidenziati.

Ebbene, le riflessioni che seguono saranno incentrate sulla veste giuridica che occorre dare all'accettazione del creditore nel caso di adempimento parziale a saldo e in quello di adempimento parziale con riserva di saldo³.

¹ Cfr. Cass. 20 marzo 1996, n. 2361, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, 55, con nota di L. FASSINA; Cass. 20 dicembre 1960, n. 3291, in *Mass. Giust. civ.*, 1960, 1284 s.; Cass. 7 ottobre 1958, n. 3137, in *Mass. Giust. civ.*, 1958, 1119: le prime due con riguardo a ipotesi di adempimento satisfattivo, l'ultima invece sull'adempimento con riserva di saldo.

² Sulla lettura dell'art. 1181 cod. civ. si tornerà *infra*, § 5. Inoltre, mi permetto di richiamare T. DALLA MASSARA, *L'adempimento parziale*, in *La struttura e l'adempimento*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I.5, Padova, 2010, 213 ss.

³ In dottrina, le questioni legate all'adempimento parziale e alla sua accettazione da parte del creditore sono state oggetto dello studio, breve ma con soluzioni originali (sulle quali si tornerà), di M. PROSPERETTI, *Adempimento e liberazione del debitore*, Napoli, 1980; pochi anni dopo, G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e 'datio in solutum'*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 613 ss. Negli ultimi tempi, sull'onda di un ravvivarsi dell'intere-

Merita di essere precisato – almeno con un cenno a margine – che non si prenderanno in esame le obbligazioni con pluralità di soggetti⁴, per le quali il discorso esigerebbe di tener conto di molti ulteriori profili: verrà quindi in considerazione in queste pagine solo l'obbligazione monosoggettiva.

Anzitutto si converrà sul fatto che il creditore, nel ricevere l'adempimento parziale, muta l'utilità che egli avrebbe tratto dall'immediato e completo adempimento.

Dunque l'interrogativo che per primo occorrerà porsi è se si configuri una modificazione della struttura dell'originaria obbligazione. In caso di risposta affermativa, non si potrebbe prescindere dalla necessità di immaginare un accordo novativo; non così qualora invece si ritenesse non toccata la primigenia obbligazione. Valga appena ricordare che l'esclusione della novazione comporta, sul piano degli effetti, che non si applichi l'art. 1232 cod. civ., il quale prevede – com'è noto – che con essa vengano meno i privilegi, il pegno e le ipoteche del credito, se non diversamente pattuito dalle parti.

È opportuno dire, fin già in sede di queste brevi osservazioni preliminari, che la divaricazione tra le alternative prospettate (l'una nel senso della necessità dell'accordo novativo, l'altra nel senso della sua superfluità) appare più accentuata allorché non si segua quella storica dottrina (cui, però, la giurisprudenza sembra non prestare ascolto oramai da tempo⁵) che vede nell'adempimento natura

resse nei confronti dell'adempimento parziale *ex latere creditoris*, dunque nella prospettiva dell'oggetto della domanda del creditore-attore (il tema è noto soprattutto in termini di cd. frazionabilità della domanda: cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, su cui T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 345 ss.), si veda, in argomento, A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, in specie 310 ss., e C. TRANQUILLO, *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, Milano, 2006; il tema della 'segmentazione' del credito è affrontato in una diversa prospettiva anche da A. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007.

⁴ Cfr. anzitutto F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974. Da ultima, in argomento, G. ROSSETTI, *Le obbligazioni solidali*, in *Le figure speciali*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, V, Padova, 2010, 711 ss.

⁵ Per esempio, lo 'stacco' dal passato si vede già in Cass. 14 marzo 1962, n. 530, in *Foro pad.*, 1962, I, 602, ove è disconosciuta la tesi della natura negoziale del pagamento.

negoziale⁶, giacché in tal caso l'eventuale modificazione dell'obbligazione originaria potrebbe vedersi realizzata in una con l'atto stesso di adempimento parziale, rispetto a quanto non sia allorché si accolga l'opinione che è andata vieppiù affermandosi, giusta la quale – nel quadro di un'ampia riconsiderazione dei rapporti tra negozio, atto e atto dovuto⁷ – si ravvisa nell'adempimento un mero fatto⁸, oppure un atto estintivo a carattere reale⁹, o una figura giuridica ancora diversamente delineata, ma comunque non caratterizzata in senso negoziale¹⁰. È chiaro infatti che, negando la natura negoziale dell'adempimento, la modificazione dell'originaria obbligazione – nell'ipotesi in cui la si reputi necessaria¹¹ – richiederebbe di trovare emersione in un apposito accordo. In specie, la volontà del creditore di ricevere l'adempimento parziale dovrebbe essere versata in un accordo con *causa solvendi* (dunque un accordo di quelli per i quali è entrato nell'uso parlare di 'convenzioni solutorie'¹²).

⁶ Secondo l'elaborazione di G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937; si veda anche E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, 113 ss. Per un'analisi della dottrina negoziale dell'adempimento (da ricollegarsi alla tradizionale concezione traslativa del pagamento, per cui *solvere est alienare*), cfr. C. CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996, 19 ss.

⁷ Riconsiderazione che muove da F. CARNELUTTI, *Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 356 ss.

⁸ Cfr. P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, in specie 102 ss. Su tale opinione, M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 17 ss. In giurisprudenza, Cass. 27 luglio 1998, n. 7357, in *Giur. it.*, 1999, 920 ss., con nota di S. LUCANTONI.

⁹ Cfr. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 145 ss.; ID., voce *Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, in specie 557; impostazione poi rivisitata da P. SCHLESINGER, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961, 27 ss.

¹⁰ Ulteriori approfondimenti in argomento sono ricavabili da G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 385 ss.; E. SALAFIA, *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Mon. trib.*, 1963, 345 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Pagamento (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 321; N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da W. Bigiavi, Torino, 1970, 70 ss.; M. BESSONE - A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, cit., 1 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 262; G. CIAN, voce *Pagamento*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 234 ss.; C. CHESSA, *L'adempimento*, cit., 7 ss.

¹¹ Ma confido che dal seguito della trattazione possa emergere la dimostrazione del fatto che in nessun caso, né di adempimento soddisfacitivo né con riserva di saldo, occorra evocare la novazione.

¹² Sulle convezioni solutorie, C. CHESSA, *L'adempimento*, cit., 38 ss., nonché, proprio nella prospettiva dell'adempimento parziale, M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 47 ss.

Svolte queste considerazioni in ordine alla ‘mappatura’ dei problemi collegati all’accettazione di un adempimento parziale, è ora il momento di procedere alla distinta analisi, da un lato, dell’ipotesi in cui sia realizzato un adempimento parziale ritenuto soddisfattivo e, dall’altro, di quella in cui l’adempimento parziale sia invece accettato con riserva di saldo.

La prima prospettiva pone questioni meno inconsuete che cercherò di trattare, in maniera piuttosto sintetica, nell’arco del § che segue.

Mi soffermerò più a lungo, invece, sulla seconda ipotesi, giacché in relazione a questa mi pare possano proporsi talune conclusioni che – per quanto mi riuscirà di dimostrare¹³ – derivano da un ripensamento in chiave sistematica dell’art. 1181 cod. civ.

2. *L'accettazione dell'adempimento parziale a saldo.*

Si immagini, secondo la prima prospettiva illustrata, che il creditore accetti un adempimento limitato a una porzione del credito, a questo attribuendo un valore liberatorio rispetto all’intero.

Nella pratica degli affari, talora si fa riferimento a una siffatta composizione d’interessi utilizzando espressioni come adempimento ‘a saldo’, oppure adempimento ‘a transazione’ (ed è tutto da vedere se l’espressione sottenda un significato tecnico), o ancora adempimento ‘a totale soddisfazione di ogni pretesa’, e via dicendo.

L’operazione si compone in questi casi di due aspetti: l’uno parzialmente solutorio e l’altro parzialmente estintivo-remissorio. La presenza di questo secondo momento postula già di per sé la necessità del consenso del creditore.

Premesso che l’operazione ermeneutica non può che essere condotta sui singoli casi (sicché, per esempio, la presenza di profili transattivi è rilevabile soltanto con riguardo alla fattispecie concreta), credo che in linea generale si possano esprimere le seguenti considerazioni.

Anzitutto, mi sembra che debba essere scartata l’ipotesi dell’accordo novativo: a tenore dell’art. 1230 cod. civ., si dovrebbe infatti veder realizzata la sostituzione dell’obbligazione originaria con

¹³ Si veda *infra*, § 12 ss.

la nuova, incompatibile con la prima, in ragione della modifica consistente nella previsione di una prestazione quantitativamente inferiore a quella stabilita nel titolo. A ciò osta, però, la consolidata opinione secondo cui una variazione dell'entità del debito non costituisce elemento sufficiente a integrare il richiesto *aliquid novi*: per esemplificare, una riduzione del prezzo nel caso di un venditore che si accontentasse di una parte di questo non comporterebbe una novazione. Attraverso la diminuzione del *quantum* dovuto si configura una modificazione da ritenersi accessoria, ai sensi dell'art. 1231 cod. civ.¹⁴. E ciò è sufficiente osservare, senza dire poi del fatto che per ravvisare novazione sarebbe necessario pensare, piuttosto tortuosamente, che si realizzi la sostituzione dell'obbligazione originaria con una nuova, commisurata al *quantum* dell'adempimento parziale: e così, se Tizio offre di pagare a Caio 80 rispetto al primitivo debito di 100, proprio di 80 dovrebbe essere la nuova obbligazione, che andrebbe così a estinguersi con l'adempimento parziale (*recte*, non più parziale, a valle della novazione). Sicché il profilo remissorio che, come si è visto, certamente l'operazione implica risulta di fatto schermato dietro il momento novativo o, se si preferisce, inglobato nell'accordo novativo.

Riconducibile alla novazione sarebbe invece il diverso caso – oggetto di una recente sentenza di merito¹⁵ – in cui l'adempimento

¹⁴ Cfr. Cass. 25 novembre 2003, n. 17913, in *Contratti*, 2004, 924 ss.; Cass. 12 settembre 2000, n. 12039, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1925; Cass. 27 luglio 2000, n. 9867, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1641; Cass. 22 maggio 1998, n. 5117, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1107. In dottrina, R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione 'novativa' del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 102 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1975, 71 s.; G. BISCONTINI, *Adempimento*, cit., 616, nt. 15; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Obbligazioni e contratti*², in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX.1, Torino, 1999, 347 ss.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 283 ss.; P. LAMBRINI, *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, Padova, 2006, 139 ss.

¹⁵ Cfr. Trib. Milano 4 aprile 2008, n. 4436, in *Giust. a Milano*, 2008, V, 34: «se agli atti vi è prova della restituzione da una parte all'altra di una determinata somma riguardante un quantitativo di merce minore di quello richiesto e la restituzione della somma è stata pacificamente accettata, tale comportamento appare oggettivamente inconciliabile con la volontà di perseguire la consegna di tutta la merce di cui alla originaria pattuizione. È da ritenere pertanto che il consenso dato alla minore fornitura sia

incompleto di una parte avesse costituito occasione per un nuovo accordo modificativo di entrambe le prestazioni di un contratto sinallagmatico: ma questa è tutt'altra ipotesi.

Neppure si potrà, in linea generale, ricondurre l'operazione in esame al modello della transazione: quand'anche si voglia pensare alla transazione cd. meramente conservativa (non novativa)¹⁶, nell'adempimento parziale estintivo si faticherebbe a riscontrare – almeno in assenza di ulteriori dati ricavabili dalla fattispecie – il sussistere degli elementi di struttura tipici di tale contratto, e così in specie la *res dubia* e le reciproche concessioni, ai sensi dell'art. 1965 cod. civ.¹⁷.

Si potrebbe pensare che l'adempimento parziale soddisfattivo sia configurabile nei termini di un impegno del creditore a non chiedere più di un certo ammontare; l'attenzione risulterebbe quindi spostata sul profilo dell'esigibilità del credito (al punto tale che, in quest'ottica, si potrebbe giungere a dubitare della necessità di un accordo tra creditore e debitore¹⁸). Si è detto quindi che la parziale liberazione del debitore potrebbe fondarsi sul divieto, per il credi-

non l'accettazione di un parziale adempimento in vista di quello integrale, bensì l'adesione ad una riduzione quantitativa dell'originaria pattuizione, avente quindi carattere novativo. Diversamente opinando, resterebbe da spiegare a che titolo abbia la parte accettato la restituzione di denaro operata dall'altra parte, accettazione che non sarebbe stata rituale se la prima avesse inteso perseguire l'originaria fornitura nel suo aspetto quantitativo».

¹⁶ Nel senso dell'ammissibilità della 'transazione conservativa', Cass. 19 maggio 2003, n. 7830, in *Contratti*, 2003, 1085 ss., con nota di E. VAGLIO. Su transazione conservativa e novativa, Cass. 14 giugno 2006, n. 13717, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 6 ss. Cfr. inoltre G. GENNARI, *La transazione novativa*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 335 ss.; per un inquadramento dei problemi collegati a transazione, novazione e obbligazione soggettivamente complessa, G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione novativa e transazione 'pro quota': intorno ad alcuni recenti interventi*, in *Riv. notariato*, 2009, 1361 ss.

¹⁷ In tal senso anche F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, 12, il quale tende a vedere negli «atti *ut minus solvatur*» una causa differente rispetto a quella della transazione. D'altra parte, deve sempre privilegiarsi l'analisi del caso di specie: per esempio, l'accordo tra creditore e debitore avente per oggetto l'adempimento parziale della prestazione, nella cornice però della procedura esecutiva, è ricondotto alla transazione nella misura in cui, «essendo sorto dissenso circa l'interpretazione del titolo esecutivo, la ritualità della procura, la pignorabilità ed il valore dei beni [l'accordo] miri a porre termine a liti e contrasti mediante reciproche concessioni»: così Cass. 16 dicembre 1982, n. 6934, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 2354 s.

¹⁸ Sul punto si tornerà, muovendo dalla ricostruzione di M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 19 ss., quando si tratterà dell'adempimento parziale non soddisfattivo, ossia *infra*, § 3 ss.

tore, di *venire contra factum proprium*¹⁹. Si sarebbe così indotti a pensare che all'obbligazione originaria si sostituisca una nuova obbligazione, però in capo al precedente creditore, poggiante proprio sul dovere di non *venire contra factum proprium* (qualificabile come obbligazione naturale da cui non nasce azione), con ritorno dunque all'idea che si tratti di novazione, di cui si è testé detto.

Ancora, ci si potrebbe cimentare nello sforzo di condurre la rilevanza dell'accordo sul terreno processuale. Così, a seguito dell'accettazione da parte del creditore dell'adempimento parziale, l'effetto (indirettamente) estintivo parrebbe deducibile da un *pactum de non petendo*, del quale peraltro, che lo si costruisca come obbligazione avente contenuto negativo oppure lo si intenda come rinuncia all'azione, resta discussa la configurabilità nel nostro ordinamento²⁰.

Si tratta in questi ultimi due casi, com'è evidente, di ricostruzioni alquanto artificiose.

Con maggiore ponderazione occorre valutare l'idea di ricondurre l'operazione entro la cornice della remissione di cui all'art. 1236 cod. civ.: se non v'è dubbio – come si è detto – che sussistano profili (parzialmente) remissori, il punto è qui allora quello di attribuire veste giuridica all'aspetto solutorio, pur esso presente²¹. Anche se, a ben vedere, neppure si potrebbe parlare in questo caso di una vera *solutio*, giacché l'aspetto solutorio sarebbe integrato da un adempimento non completo e quindi, in realtà, da un 'non adempimento' (come meglio si vedrà ragionando intorno all'art. 1181 cod. civ.²²).

¹⁹ L'ipotesi è affacciata da M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 41 ss. Sul divieto di *venire contra factum proprium*, però nella particolare prospettiva dell'eccezione di dolo generale, F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis* e il divieto di *'venire contra factum proprium'*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 77 ss.

²⁰ Su cui M. SARGENTI, *'Pactum de non petendo' e remissione del debito*, in *Foro pad.*, 1959, I, 299 ss.; F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del 'pactum de non petendo' nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, VI, 129; E. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità di una delle parti*, in *Dir. giur.*, 1972, 261 ss.; F. RUSCELLO, *'Pactum de non petendo' e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 173 s.; G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 367 ss. In giurisprudenza, Cass. 10 giugno 1994, n. 5646, in *Giur. it.*, 1995, 222 ss.

²¹ Cfr. G. BISCONTINI, *Adempimento*, cit., 616.

²² Su ciò si veda *infra*, § 5.

Ma il vero limite di questa ricostruzione è rappresentato dal fatto che i due momenti dell'adempimento parziale e della remissione parziale rimarrebbero in tal modo del tutto scissi, distinti. Così appare corretto dire che nell'adempimento parziale a saldo sia da «ravvisarsi un adempimento parziale o una remissione parziale del debito»²³; di fatto, a fronte dell'offerta di adempimento parziale del debitore, il creditore potrebbe rifiutare l'offerta del *minus* ai sensi dell'art. 1181 cod. civ. (producendosi per il debitore gli effetti della mora per l'intero) e tuttavia egli consente a una parziale remissione.

Dicendo che nell'accettazione a saldo dell'adempimento parziale si realizza una remissione s'impone però di trattare isolatamente i due aspetti, quello dell'adempimento parziale e quello della remissione parziale, cosicché tende a sfuggire il coordinamento funzionale che a me pare esservi tra i due. E allora sarebbe di fatto eluso il problema della qualificazione giuridica del fenomeno rappresentato dall'adempimento parziale a saldo nel suo complesso considerato: o meglio, si dovrebbe concludere che non sia possibile dare una veste unitaria al fenomeno nel suo insieme.

Al limite, si potrebbe pensare di vedere nell'operazione giuridica complessiva una remissione parziale condizionata al pagamento parziale da parte del debitore²⁴; il che pone ulteriori problemi connessi alla scelta di porre l'adempimento in condizione²⁵; senza dire poi del fatto che si tratterebbe comunque di una mera sommatoria di adempimento e remissione.

Mi sembra invece che debba considerarsi con attenzione l'ipotesi della *datio in solutum*.

Nella cornice dell'art. 1197 cod. civ., che per opinione tradizionale descrive una fattispecie caratterizzata da 'realità' (almeno nel senso che per il suo perfezionamento, coincidente con l'effetto liberatorio che ne scaturisce, è necessaria l'esecuzione della diversa

²³ A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo*, Milano, 1987, 47.

²⁴ Cfr. M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio. Corso di diritto civile*, Torino, 1952, 247.

²⁵ Su cui cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 79 ss.

prestazione)²⁶, mi pare che possano trovare idonea collocazione tanto l'effetto solutorio quanto quello estintivo-remissorio, i quali si producono a seguito dell'accettazione satisfattiva da parte del creditore di un adempimento parziale²⁷. Certo, occorre presupporre che la prestazione del *minus* integri un *aliud* rispetto a quanto previsto originariamente in obbligazione: ma ciò mi sembra potersi affermare, diversamente che nel caso della novazione, giacché la diversità 'quantitativa' rientra nella nozione assai ampia che pacificamente si tende a fornire dell'oggetto della prestazione in luogo dell'adempimento²⁸. Con questa premessa, l'accettazione a saldo

²⁶ Senza soffermarsi qui sulle principali questioni di statuto dogmatico della *datio in solutum*, in specie dunque sulla natura contrattuale, reale, nonché sulla necessità o meno di ravvisare con essa una modificazione dell'obbligazione originaria: nel vigore del precedente codice, M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in AUPA, XIII, Palermo, 1929, 29 ss., in seguito, ID., *Le fattispecie*, cit., nonché poi L. MENGONI, *L'acquisto 'a non domino'*³, Milano, 1975, 203; S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 734 ss.; A. TAFURI, *La prestazione in luogo dell'adempimento, con particolare riguardo al suo carattere reale*, in *Temi nap.*, 1968, III, 373 ss.; C. GRASSETTI, voce *'Datio in solutum'* (dir. civ.), in *Nov. dig. it.*, V, Torino, 1970, 174 s.; L. PERLINGIERI, *Modi di estinzione*, cit., 92 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*², in *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX.1, Torino, 1999, 80 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione*, cit.; A.M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 1 ss.; A. DI MAJO, *L'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 1994, 343 ss.; A.D. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 260 ss.; G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *L'obbligazione in generale* (1173-1320 cod. civ.), in *Le obbligazioni*, a cura di M. Franzoni, I, Torino, 2004, 553 ss.; M. IEVA, *Appunti sulla dazione in pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 237 ss.; con ampia documentazione di letteratura, E. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *I modi di estinzione*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, III, Padova, 2008, 21 ss.

²⁷ Cfr. G. BISCONTINI, *Adempimento*, cit., 613 ss.; M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 60.

²⁸ Sulla diversità oggettiva tra la prestazione prevista e quella dovuta, A. ZACCARIA *La prestazione*, cit., 98 ss.; S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento*, cit., 779 ss.; C. GRASSETTI, voce *'Datio in solutum'*, cit., 474 s.; più di recente, G. SICCHIERO, *La prestazione*, cit., 553; M. IEVA, *Appunti sulla dazione*, cit., 242 ss.; F. D'ARCANGELO, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 930. Nel senso che per la configurabilità di una *datio in solutum* sia necessaria una «relazione di diversità qualitativa» era la vecchia opinione di M. ALLARA, *La prestazione*, cit., 208. Mi sembra peraltro che nel ritenere sufficiente per la prestazione in luogo dell'adempimento una diversità 'quantitativa' della *solutio* non si cada in contraddizione con quanto si è poc'anzi detto a proposito della novazione, in relazione alla quale invece una variazione dell'entità del debito non costituirebbe elemento sufficiente a integrare *aliquid*

del *minus* da parte del creditore può ben assumere i profili di una *datio in solutum*. In effetti ciò che rileva, perché si diano gli estremi per una prestazione in luogo dell'adempimento, è la diversità dell'interesse del creditore: e mi pare che, se è vero quanto detto fin da principio – ossia che il creditore, nel ricevere l'adempimento parziale, fatalmente muta l'utilità che avrebbe tratto dal completo adempimento – non possa dubitarsi del fatto che la prestazione del *minus* rappresenti un *aliud* rispetto alla prestazione che costituiva oggetto dell'obbligazione originaria. In particolare, mi pare poi che questa conclusione possa ancor più convincentemente accogliersi nel quadro di una ricostruzione della *datio in solutum* nei termini di un negozio modificativo – ammesso dal nostro ordinamento *ex art. 1321 cod. civ.* – con cui creditore e debitore convengono di sostituire l'oggetto dell'obbligazione, accompagnando l'accordo con la contestuale esecuzione della differente prestazione²⁹. Anche la mo-

novi. Per il realizzarsi di una prestazione in luogo dell'adempimento infatti non viene in considerazione un raffronto tra *obligatio novanda* e *obligatio novata*, bensì rileva che il creditore accetti con effetti estintivi un *aliud* rispetto alla prestazione che era oggetto dell'obbligazione. Né potrebbe smentire l'idea che un *minus* costituisca un *aliud* ai fini della prestazione in luogo dell'adempimento il richiamo che, per mera assonanza di parole, viene naturale di fare alla teorica dell'*aliud pro alio* in tema di compravendita, ove si impone una radicale diversità del bene quanto al genere merceologico di appartenenza (la figura dell'*aliud pro alio* nasce infatti proprio dal confronto con le altre e meno gravi ipotesi di difformità materiale del bene compravenduto rappresentate anzitutto dai vizi e dalla mancanza di qualità essenziali o promesse). Inoltre, sulla non necessità di un'equivalenza tra l'oggetto della *solutio* e quello dato in luogo di adempimento (ciò potendo soltanto costituire un motivo della *datio in solutum*), cfr. Cass. 16 febbraio 1977, n. 721, in *Mass. Foro it.*, 1977, 148. Ammetteva che potesse integrare un caso di *datio in solutum* anche la prestazione di *pecunia pro pecunia* (pur accanto alle ipotesi di *pecunia pro re* e di *res pro pecunia*) già W. D'AVANZO, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Libro delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile* a cura di M. D'Amelio ed E. Frinzi, I, Firenze, 1948, 52. Approda alla conclusione nel senso della configurabilità della *datio in solutum* avente per oggetto un *minus* C. TRANQUILLO, *L'esecuzione*, cit., 72 ss.

²⁹ Secondo la proposta ricostruttiva di A. ZACCARIA, *La prestazione*, cit., 26 ss., 100 ss.: (senza che, per avvalorare la conclusione suggerita, sia qui necessario richiamare le precisazioni attraverso le quali l'autore dimostra che per pensare in questi termini la *datio in solutum* non occorre affermare la natura 'reale'). Giunge a diverse conclusioni di recente E. BILOTTI, *La prestazione*, cit., 113, per il quale «ove il creditore si dichiara soddisfatto di un adempimento parziale, non può dirsi che la sua pretesa si estingua *ex art. 1197 cod. civ.* La vicenda estintiva in questione è infatti riconducibile solo in parte ad una volontà dispositiva del creditore, e cioè solo per la parte di prestazione dovuta eccedente rispetto a quella eseguita». Ma una siffatta volontà dispositiva o v'è e si manifesta nel rinunciare all'integrità dell'adempimento, oppure non v'è

dificazione consistente nell'esecuzione del *minus* integra dunque *datio in solutum*.

In definitiva, credo che l'accordo tra creditore e debitore trovi la sua veste più consona proprio nell'art. 1197 cod. civ., il quale consente di inglobare i due momenti, quello parzialmente solutorio e quello estintivo-remissorio, come parti complementari di un'unica operazione giuridica. L'accordo emerge allora nella sua unità causale: ed è lecito trattare dei suoi effetti (ed eventualmente delle sue patologie) senza 'innaturali' scissioni. Inoltre il regime si completa con la previsione del comma 2 dell'art. 1197 cod. civ., sull'evizione, e del comma 3 della medesima disposizione, in base al quale «in ogni caso non rivivono le garanzie prestate dai terzi».

In base alla tesi testé accolta, dunque, l'offerta di una prestazione quantitativamente diversa è passibile del rifiuto da parte del creditore, ai sensi dell'art. 1181 cod. civ., ma, qualora tale offerta trovi l'accettazione del creditore, si dà luogo a un meccanismo in base al quale l'*aliud* latamente inteso, per qualità o quantità, estingue l'obbligazione secondo i profili dell'art. 1197 cod. civ.³⁰.

Accanto alla fattispecie rappresentata dall'adempimento parziale con effetti estintivi che si realizza attraverso l'esecuzione della prestazione, deve poi considerarsi l'eventualità che ricorra la fattispecie di un *pactum de in solutum dando*, ossia un accordo di pre-

se si dimostri che l'interesse è lo stesso qualora si riceva il tutto o la sua parte. Mi sembra non si possa invece dire che v'è solo per la quota della prestazione prevista cui il creditore rinunci nell'accontentarsi dell'adempimento parziale, mentre manca per la parte di adempimento che si accetta.

³⁰ Con un certo superamento, dunque, del rigido parallelismo che la dottrina formatasi sotto il codice del 1865 vedeva tra l'art. 1245 («il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore») e l'art. 1246 («il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorché divisibile»), rispettivamente in tema di adempimento qualitativamente e quantitativamente diverso da quello previsto in obbligazione: cfr. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo*, cit., 145 ss.; Id., voce *Adempimento*, cit., 562. Che quel parallelismo debba intendersi in modo assai meno rigido è comprovato dal fatto stesso che l'art. 1245 del codice del 1865, il quale non riconosceva espressamente la *datio in solutum* (la cui ammissibilità doveva ricavarsi proprio da quest'ultima disposizione), non sia replicato nel codice del 1942, ove invece è per l'appunto contemplato l'art. 1197 cod. civ., nel quale la liberazione del debitore segue all'esecuzione della prestazione diversa sol che il creditore manifesti la propria volontà in tal senso. Dunque anche una diversità quantitativa può integrare un'ipotesi di *datio in solutum*.

stazione in luogo dell'adempimento che si attua attraverso la modifica dell'oggetto del rapporto, in forza della sostituzione della prestazione originaria con quella convenuta *in solutum*. Si tratta in tal caso di un accordo per la cui configurabilità all'interno dell'art. 1197 cod. civ. occorre accogliere la tesi – poc'anzi richiamata – secondo cui la prestazione in luogo dell'adempimento rappresenta un negozio modificativo dell'oggetto del rapporto (non reale e non integrante una novazione)³¹.

Anche pensando a questa diversa articolazione, mi pare comunque confermato che il fenomeno dell'adempimento parziale a saldo trovi il suo modello generale di riferimento nella *datio in solutum*.

Si passi a questo punto a considerare il caso in cui il creditore ritenga non soddisfacente l'adempimento parziale, che pure decide di accettare.

3. *L'accettazione dell'adempimento parziale con riserva di saldo.*

L'ipotesi per la quale in apertura si è parlato di adempimento parziale con riserva di saldo presenta differenti, ma certamente non inferiori, problemi ricostruttivi.

In questo caso, l'adempimento è dal creditore ricevuto a titolo di acconto³²: rimane in sospeso una porzione di debito, da corrispondersi in unica o anche in più soluzioni, cosicché risulta in tal modo realizzata una dilazione di pagamento oppure – si potrebbe dire, specie se la dilazione è in più 'tranches' – una forma di sua rateizzazione³³.

Comunque, essenziale è che il creditore riceva l'adempimento parziale, ma – per quanto detto – senza alcuna rinuncia sul residuo:

³¹ Sul *pactum de in solutum dando*, A. ZACCARIA, *La prestazione*, cit., 26 e 107 ss.: per una discussione di quelle tesi, G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, 'prestazione in luogo dell'adempimento' e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 263 ss.

³² Sulla natura giuridica dell'acconto si veda ora J. BALOTTIN, *Anticipazione di parte della prestazione, inadempimento del residuo e responsabilità del debitore: appunti sulla natura giuridica dell'acconto*, in questo volume.

³³ Cfr. Cass. 15 aprile 1998, n. 3814, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 805. Il modello è già nelle fonti: Ulp. 24 *ad Sab.* D. 46.3.9.1: *qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent*.

l'effetto che si produce, nell'ipotesi descritta, è quello di una riduzione quantitativa del debito³⁴.

In tal caso, la giurisprudenza ritiene che «la esecuzione frazionata di una obbligazione, che avrebbe dovuto effettuarsi in unica soluzione, non muta l'essenza della stipulazione originaria», al contempo sottolineando però la necessità che per il prodursi degli effetti sia integrato un apposito patto³⁵.

Siffatta impostazione della questione prevede quindi che, per un verso, il titolo dell'obbligazione rimanga il medesimo, senza che si realizzi una novazione; per altro verso, risulta invece inciso dall'accettazione del creditore soltanto il profilo attuativo del rapporto. Proprio con riguardo a questo secondo aspetto, è richiesta una convenzione solutoria, da intendersi come contratto atipico concluso tra creditore e debitore con *causa solvendi*³⁶.

La convenzione solutoria – si osservi – potrebbe essere contenuta nell'atto stesso di quietanza solo se si aderisse all'opinione (però minoritaria) che in essa ravvisa natura negoziale³⁷. Della sussistenza della convenzione, inoltre, spetterebbe al debitore di dar prova, giacché è quest'ultimo ad avvantaggiarsi degli effetti dell'atto³⁸.

In altri termini, viene configurato un accordo non novativo avente per oggetto l'attuazione del rapporto; ossia, la nuova regolamentazione dell'adempimento interverrebbe su un 'Obligationsprogramm' invariato³⁹.

³⁴ Si veda, per esempio, Cass. 8 gennaio 1987, n. 20, in *Mass. Giur. it.*, 1987, 6 s., secondo cui «l'accettazione, da parte del creditore, dell'adempimento parziale – che, a norma dell'art. 1181 cod. civ., egli avrebbe potuto rifiutare – non estingue il debito, ma semplicemente lo riduce».

³⁵ La citazione è tratta da Cass. 7 ottobre 1958, n. 3137, cit.; una conferma *a contrario* di tale impostazione può ricavarsi dalla più recente Cass. 13 ottobre 1997, n. 9939, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1918, ove si precisa che il silenzio del creditore non è di per sé apprezzabile come rinuncia al credito residuo.

³⁶ Cfr. M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 104 ss.

³⁷ Cfr. M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 42 e nt. 2, 63 e nt. 28, 73 ss., con richiami di dottrina e giurisprudenza. In generale, R. CECCHETTI, voce *Quietanza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1997, 161 ss.; più di recente, A. MORI, *La quietanza*, in *L'obbligazione in generale (1173-1320 cod. civ.)*, in *Le obbligazioni*, I, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, 421 ss. La natura negoziale della quietanza è però negata dalla giurisprudenza: Cass. 7 marzo 1991, n. 2410, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, 325; Cass. 21 maggio 1991, n. 5706, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, 739.

³⁸ Come sottolineato da Cass. 7 ottobre 1958, n. 3137, cit.

³⁹ Secondo l'impostazione di C.A. CANNATA, *L'adempimento*, cit., 81.

Nella cornice descritta, vi sarebbe allora necessità di immaginare il succedersi di un atto in senso stretto (quello di adempimento, atto dovuto, secondo l'opinione prevalente⁴⁰) e di un negozio, con funzione regolativa dell'attuazione del rapporto. Oppure, sul diverso presupposto per cui nell'adempimento sarebbe riconoscibile natura negoziale, si potrebbe pensare a un unico negozio, configurabile come negozio con causa mista in cui sia assorbita la *causa solvendi*⁴¹.

Come si è appena osservato, si ritiene che non vi sia novazione, quindi non troverebbe applicazione l'art. 1232 cod. civ., che importa il venir meno di privilegi, pegno e ipoteche del credito, salvo diversa pattuizione delle parti.

Anche in questo caso, però, va detto che esclusivamente nell'analisi del caso concreto può evidenziarsi se l'accordo preveda modifiche incidenti non soltanto sull'aspetto attuativo del rapporto, bensì anche sulla struttura dell'obbligazione; e infatti, qualora le parti non si limitino a regolare le modalità esecutive dell'obbligazione preesistente, ma «riconosciutone il parziale inadempimento, stabiliscano attraverso quali specifiche prestazioni, pur se parzialmente diverse da quelle primigenie, l'interesse del creditore debba essere soddisfatto», bene fa la giurisprudenza a ravvisare in ciò la presenza di un accordo novativo parziale⁴².

A margine del discorso, merita poi chiarire cosa debba intendersi quando la giurisprudenza ritiene che l'adempimento parziale sia deducibile dalla «natura del contratto»⁴³: con ciò occorre credere che dal titolo dell'obbligazione stessa possa talora desumersi la pattuizione di un adempimento non completo, dilazionato nel tempo. In questi termini, però, la questione esula dal tema in esame, giacché l'attenzione merita di essere appuntata sul contenuto implicito della convenzione, non già sull'aspetto della disposizione da parte del creditore dell'interesse a un adempimento completo.

⁴⁰ Si veda *supra*, § 1.

⁴¹ Cfr. M. GIORGIANNI, *Natura del pagamento e vizi della volontà del 'solvens'*, in *Foro pad.*, 1962, 719.

⁴² Cass. 20 aprile 2001, n. 5922, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 852.

⁴³ Cfr. Cass. 20 dicembre 1960, n. 3291, cit.; Cass. 19 agosto 1947, n. 1537, in *Foro it.*, 1948, I, 207, nella quale la forma rateale dell'esecuzione era giudicata intrinsecamente legata al fatto che si trattasse di pubblicazione a puntate (poi interrotta) di un'opera scientifica.

4. *L'accettazione dell'adempimento parziale con riserva di saldo come atto che non necessita di accordo, bensì basato sul 'non rifiuto' del creditore.*

Le questioni poste dall'adempimento parziale con riserva di saldo sono state oggetto di revisione da parte di una dottrina la quale ha ragionato intorno all'idea fondamentale secondo cui l'adempimento parziale, al pari di quello completo, costituisce atto dovuto⁴⁴. La natura dell'adempimento parziale sarebbe quella di un atto di adempimento, ancorché produttivo di effetti solo parzialmente estintivi.

In questa prospettiva, si è ritenuto che con l'adempimento parziale venga in rilievo un problema non già di composizione di un contrasto di interessi (il che indirizzerebbe semmai verso la transazione), bensì di «equivalenza tra diverse ipotesi di soluzione»⁴⁵.

La conseguenza più rilevante da ciò ricavabile, sul piano applicativo, è che l'adempimento parziale non comporta la necessità di un'accettazione da parte del creditore: occorrerebbe piuttosto pensare che il rifiuto dell'adempimento parziale per opera del creditore costituisca l'elemento in grado di bloccare *in limine* gli effetti parzialmente estintivi che è destinato a produrre quell'adempimento non completo; viceversa, in mancanza del rifiuto, questi stessi effetti verrebbero a consolidarsi.

Non sfugge che, a voler accogliere le linee ricostruttive appena esposte, si accede a una ridefinizione complessiva del concetto di adempimento parziale per la cui messa a fuoco occorre ripartire dalla lettura dell'art. 1181 cod. civ.

Proprio per questo conviene adesso soffermare lo sguardo su tale disposizione: nella sua concezione e nelle sue parole può trovare fondamento il netto ribaltamento di visuale che consente di approdare alla conclusione secondo cui il fenomeno dell'adempimento parziale con riserva di saldo sarebbe spiegabile non solo senza fare appello alla novazione, ma anche – ed è questo il punto

⁴⁴ Alludo all'impostazione suggerita da M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 34 ss., di recente oggetto di discussione da parte di A. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 313 ss.

⁴⁵ Così M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 37.

decisivo – senza la necessità di contemplare la conclusione di un accordo tra debitore e creditore. Si veda dunque l'art. 1181 cod. civ.

5. *La struttura dell'art. 1181 cod. civ.: dovere di adempiere integralmente e facoltà di rifiuto dell'adempimento parziale.*

L'art. 1181 cod. civ. assicura al creditore la piena soddisfazione dell'interesse a un adempimento completo. La *ratio* fondamentale della norma, che si coglie appieno nel suo collegamento con l'art. 1218 cod. civ. – in specie sotto il profilo dell'esattezza nell'esecuzione della prestazione, qui da intendersi sotto il profilo quantitativo – risulta ispirata al *favor creditoris*.

Per la sua peculiare formulazione nell'ottica del creditore («il creditore può rifiutare *etc.*»), l'art. 1181 cod. civ. sembra aver assorbito la regola tradizionale che impone al debitore l'integrale adempimento della prestazione. Per esempio, il codice del 1865 prevedeva all'art. 1246, impostato invece dal punto di vista del debitore, che quest'ultimo «non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorché divisibile».

Si può dire che il nucleo primo, in senso logico e storico, dell'art. 1181 cod. civ. sia in effetti identificabile nella regola per cui il debitore deve eseguire la prestazione in modo quantitativamente esatto. E al fine di indicare la condotta del debitore che contravenga a questa regola – seppure comunque tenendo l'ipotesi distinta da quella dell'inadempimento radicale⁴⁶ – è utilizzata l'espressione «adempimento parziale». Però, sol che si ponga mente al testé richiamato art. 1218 cod. civ., ove è fissata la regola generale sull'esatto adempimento, emerge l'ambiguità del concetto che in questo modo viene evocato: proprio in quanto «parziale», l'«adempimento» di cui fa menzione l'art. 1181 cod. civ. è da ritenersi non esatto.

⁴⁶ Resta questione di interpretazione, da risolversi alla luce di un criterio di ragionevolezza applicato al caso concreto, quella di decidere se vi siano i presupposti perché sia ravvisabile un 'adempimento parziale': non sarebbe tale, per esempio, la corresponsione di una somma simbolica o irrisoria, come precisa Trib. Roma 14 aprile 2008 (decr.), in *Dir. fall.*, 2008, II, 551, con nota di V. PICCININI, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il 'decreto correttivo'*; sulla medesima decisione, proprio nella prospettiva qui in considerazione, cfr. la nota di J. BALOTTIN, in *Teoria e storia del dir. priv.*, III, 2010, in www.teoriaestoriadel-dirittoprivato.it.

L'art. 1181 cod. civ. precisa allora un aspetto collegato alla modalità dell'adempimento: il debitore non può liberarsi mediante una prestazione quantitativamente (art. 1181 cod. civ.) o qualitativamente (art. 1197 cod. civ.) diversa da quella prevista in obbligazione.

Se così è, occorre concludere nel senso che un «adempimento parziale», contro il significato che in prima battuta si potrebbe attribuire all'espressione, corrisponde viceversa a un inadempimento. Ma allora la norma sembrerebbe basata su una vera e propria contraddizione in termini⁴⁷. Per «adempimento parziale» non può che intendersi una prestazione effettuata in esecuzione di un obbligo, però al contempo non in grado di estinguere il debito. È senz'altro con maggiore proprietà terminologica – sotto questo profilo – che nel BGB, al § 266, si parla di 'Teilleistung', ossia di 'prestazione parziale': «Teilleistungen: der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt»⁴⁸.

Le incertezze ingenerate dalla lettura dell'art. 1181 cod. civ., che da un piano apparentemente solo lessicale rimbalzano a quello ricostruttivo, meritano di essere affrontate soffermandosi sulla principale 'novità' introdotta dal codice del 1942: come si è detto, l'art. 1181 cod. civ. risulta incentrato sul potere del creditore di opporre un rifiuto all'adempimento parziale anziché sul dovere di completo adempimento del debitore.

Proprio facendo leva su ciò, potrebbe ritenersi accreditata l'idea che con l'adempimento parziale sia evocata una fattispecie del tutto peculiare, autonomamente caratterizzata, la quale non potrebbe ritenersi *sic et simpliciter* riconducibile al campo dell'inadempimento.

In altri termini, se per le ragioni poc'anzi evidenziate l'adempimento parziale appare una *species* di inadempimento (per definizione esso è integrato da un'esecuzione quantitativamente non esatta dell'obbligazione), nella misura in cui non intervenga il rifiuto del creditore, il medesimo adempimento parziale finisce per essere una fattispecie affatto distinta dall'inadempimento. In assenza di tale rifiuto, è proprio la previsione dell'art. 1181 cod. civ. a impedire che

⁴⁷ Come osserva A. DI MAJO, *L'adempimento*, cit., 88 ss.; più di recente, A. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 1; A. FINESSI, *Frazionamento*, cit., 75 ss.

⁴⁸ Sul § 266 BGB, v. J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen, 1994, 148 ss.

il debitore incorra in responsabilità (né ovviamente, al tempo stesso, sussistono i presupposti della *mora creditoris*, ex art. 1206 cod. civ., giacché si tratta dell'esercizio di un legittimo rifiuto), producendosi invece gli effetti di una proporzionale riduzione del debito.

Al contempo, l'art. 1181 cod. civ. configura un rimedio preventivo di tutela dell'interesse alla completezza – precisamente da intendersi come integrità quantitativa – dell'adempimento⁴⁹. Lungi dall'essere una mera (e forse inutile) specificazione del principio di cui all'art. 1218 cod. civ., l'art. 1181 cod. civ. consegna nelle mani del creditore uno strumento che ha valore incisivamente compulsorio: si noti che il rifiuto del creditore, conservando la sussistenza del debito sul totale anziché sulla parte, costituisce, su un piano che potrebbe definirsi di autotutela, un efficace fattore di induzione al completo adempimento⁵⁰.

In conclusione si può dire che l'adempimento parziale rappresenta una figura caratterizzata da una fondamentale ambiguità concettuale. Appare identificata una fattispecie che si colloca, per così dire, sul crinale tra inadempimento e adempimento. Attraverso il non rifiuto, l'art. 1181 cod. civ. consente al creditore di riguadagnare al terreno dell'adempimento, *sub specie* di nuova «ipotesi di soluzione»⁵¹, un comportamento debitorio che altrimenti, valutato come esecuzione non completa dell'obbligazione, dovrebbe ritenersi alla stregua di un inadempimento.

6. *Gli effetti parzialmente estintivi dell'adempimento parziale e la distinzione tra prestazioni divisibili e indivisibili: una possibile (ma, per gli esiti cui conduce, non accoglibile) lettura della disposizione.*

Conviene ricapitolare i passaggi essenziali sin qui compiuti a proposito dell'adempimento parziale non soddisfattivo⁵².

⁴⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1979, 65.

⁵⁰ Cfr. A. DI MAJO, *L'adempimento*, cit., 95; G. CIAN, voce *Pagamento*, cit., 244; E. SENA, *L'adempimento parziale del contratto di lavoro*, in *Dir. e giurispr.*, 2002, in specie 48; ID., *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Dir. e giurispr.*, 2002, 443 ss.

⁵¹ M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 45, 95 ss.

⁵² Ossia nei §§ da 3 a 5.

Sul presupposto che l'adempimento parziale, stante la lettura dell'art. 1181 cod. civ. che si è appena affacciata, sia riconducibile – sempre che non vi sia il rifiuto del creditore – entro la categoria dell'atto dovuto, al pari di un normale (*id est* completo) adempimento, il fenomeno dell'adempimento parziale con riserva di saldo potrebbe essere ricostruito nei termini seguenti: non solo non vi sarebbe necessità di ravvisare una novazione del debito originario, ma, accogliendo l'idea secondo cui il rifiuto creditorio dell'adempimento parziale opera come elemento in grado di bloccare *in limine* gli effetti che il medesimo adempimento parziale è destinato a produrre, per il verificarsi degli effetti parzialmente estintivi non occorre pensare alla necessaria conclusione di un accordo tra debitore e creditore. Proprio per l'assenza di rifiuto del creditore *ex art.* 1181 cod. civ., il debitore ottiene l'effetto di una riduzione del debito senza che sia dovuta la prova dell'accordo.

Inoltre l'adempimento parziale, nonostante la sua – per l'appunto – parzialità, permane atto dovuto; e se l'adempimento parziale è da qualificarsi in termini di atto dovuto, tra le conseguenze vi è l'applicabilità dell'art. 1191 cod. civ., il quale – com'è noto – preclude al debitore di impugnare il pagamento a causa della propria incapacità⁵³.

Un approccio siffatto al tema dell'adempimento parziale mi pare nel complesso rispondente alla struttura economica del fenomeno in esame: in linea generale, il creditore che riceve una parte del dovuto mostra – né più né meno – di 'non rifiutare' e dunque di non opporsi a una riduzione proporzionale del debito.

Al contempo, quest'impostazione necessita adesso di essere precisata e corretta: essa non può valere indifferentemente per tutti i tipi di prestazioni. In specie, la seconda parte del ragionamento – ossia quella che porta a concludere nel senso della superfluità dell'accordo – è tutta incentrata sulla particolare natura della facoltà di rifiuto esercitabile dal creditore. A tal riguardo, occorre meglio analizzare i profili entro i quali quel rifiuto sia opponibile. In vista di ciò, ritengo che occorra portare l'attenzione sulle parole «anche se la prestazione è divisibile» contenute nell'art. 1181 cod. civ.

⁵³ Cfr. G. OPPO, *Adempimento*, cit., 385 ss.; M. GIORGIANNI, *Natura del pagamento*, cit., 719.

Anzitutto, è banale osservare che la facoltà di rifiuto dell'adempimento parziale è messa in connessione con il regime di cui agli artt. 1314 e seguenti cod. civ., dedicati al regime delle obbligazioni divisibili e indivisibili⁵⁴.

Se, per un verso, si sarebbe indotti a pensare che le parole «anche se la prestazione è divisibile» valgano a significare soltanto l'indifferenza della regola di cui all'art. 1181 cod. civ. rispetto alla divisibilità o meno della prestazione, v'è d'altro canto spazio per credere che, affinché sia integrato un adempimento parziale ai sensi dell'art. 1181 cod. civ., debba realizzarsi un'ipotesi di non completo adempimento proprio quando si tratti di prestazione divisibile⁵⁵. Tale conclusione dovrebbe reggersi sul presupposto che le parole «anche se» evocino non già il senso di un'ipotesi che può aggiungersi a un'altra (come a dire che l'art. 1181 cod. civ. si applica tanto se la prestazione sia indivisibile quanto se la prestazione sia divisibile), bensì per esprimere un significato equivalente a quello di 'ancorché', 'sebbene'.

In questa prospettiva, l'intera precisazione «anche se la prestazione è divisibile» sarebbe volta a identificare i precisi confini della fattispecie in oggetto, la quale risulterebbe quindi – in via esclusiva – quella integrata dall'adempimento parziale di una prestazione divisibile⁵⁶.

Viceversa, si sarebbe sospinti a credere che, in ipotesi di obbligazione indivisibile, addirittura manchino i presupposti per l'applicabilità dell'art. 1181 cod. civ.: si pensi alla consegna di un conge-

⁵⁴ Si rammenti che, a tenore dell'art. 1314 cod. civ., «l'obbligazione è indivisibile, quando la prestazione ha per oggetto una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stato considerato dalle parti contraenti». Di recente, sul tema della divisibilità del credito, A. FINESSI, *Frazionamento*, cit., 203 ss.

⁵⁵ A supporto potrebbe invocarsi Cass. 21 ottobre 1983, n. 6193, in *Giur. it.*, 1984, I.1, 1121 ss., con nota di S. MONTICELLI, *Indivisibilità 'oggettiva' dell'obbligazione*: «non è concepibile l'adempimento parziale dell'obbligazione o la risoluzione *pro parte* del contratto quando la prestazione dedotta in obbligazione risulti voluta dalle parti come indivisibile» (il che presuppone l'idea secondo cui, accanto all'indivisibilità oggettiva, debba riconoscersi l'indivisibilità soggettiva).

⁵⁶ Nel codice del 1865 si diceva «ancorché divisibile», riferito però al «pagamento di un debito», il quale, in quanto di denaro, era dunque certamente un debito divisibile. Ciò potrebbe deporre nel senso che la divisibilità sia ancora da intendersi come presupposto di applicabilità della regola oggi espressa nell'art. 1181 cod. civ.

gno informatico inservibile senza un certo dispositivo; ma si potrebbe guardare pure all'ambito delle obbligazioni soggettivamente indivisibili⁵⁷. In queste ipotesi si ricadrebbe allora entro l'ampio recinto di rilevanza dell'art. 1218 cod. civ., giacché si sarebbe a cospetto di un inadempimento, ma senza che venga in gioco il rimedio specifico di cui all'art. 1181 cod. civ. In altri termini, con queste premesse si instaurerebbe una sinonimia tra le nozioni di 'parzialità' di cui all'art. 1181 cod. civ. e di 'divisibilità' di cui agli artt. 1314 ss. cod. civ.: l'adempimento potrebbe dirsi parziale nella misura in cui lo sia di un'obbligazione divisibile⁵⁸.

L'interpretazione testé affacciata delle parole dell'art. 1181 cod. civ., alla quale ritengo non si possa troppo sbrigativamente negare una certa qual dignità (o almeno un'utilità come ipotesi di studio), mi sembra però poco persuasiva se si considerino gli effetti piuttosto paradossali cui condurrebbe; effetti che peraltro ridonderebbero a totale danno del creditore.

Evidenziato nel precedente § che dall'art. 1181 cod. civ. deriva per il creditore la facoltà di opporre un rifiuto che altrimenti non sarebbe ricavabile dal regime generale dell'inadempimento, sarebbe allora incoerente pensare che una siffatta tutela supplementare resti esclusa proprio nel caso dell'adempimento parziale di un'obbligazione indivisibile. Negando l'applicabilità dell'art. 1181 cod. civ., si priverebbe il creditore di un rimedio che risulterebbe maggiormente proficuo proprio nel caso in cui la prestazione si riveli in modo ancor più radicale inadatta al soddisfacimento del suo interesse, ossia quando sia parzialmente (in)adempita un'obbligazione indivisibile. Né gioverebbe più di tanto ribadire che in presenza di una prestazione quantitativamente inesatta sarebbero comunque invocabili i rimedi generali per l'inadempimento.

Mi sembra in definitiva preferibile la conclusione secondo cui dall'espressione «anche se la prestazione è divisibile» non possa

⁵⁷ Sulla distinzione tra obbligazioni oggettivamente e soggettivamente indivisibili, R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, 23 ss.; in giurisprudenza, Cass. 21 ottobre 1983, n. 6193, cit.

⁵⁸ Ciò rimanda a un'analisi del concetto di 'parzialità' dell'adempimento: sulla relazione tra parte e tutto, A. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 47 ss., nonché, con attenzione alle fonti romane, T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, 37 ss.

trarsi argomento onde affermare che l'applicabilità dell'art. 1181 cod. civ. soffra eccezioni in ragione della natura, divisibile ovvero indivisibile, dell'obbligazione (e precisamente per dire che il campo d'applicazione sarebbe in via esclusiva quello delle prestazioni divisibili)⁵⁹.

La lettura dell'art. 1181 cod. civ. che si è dianzi proposta presenta però un profilo di pregio fondamentale, dal quale occorre adesso ripartire: quello di evidenziare la profonda diversità strutturale intercorrente tra prestazioni divisibili e prestazioni indivisibili, a fronte di un adempimento parziale.

7. *La facoltà di rifiuto dell'adempimento parziale nei diversi casi della prestazione divisibile e indivisibile.*

Le parole dell'art. 1181 cod. civ. «anche se la prestazione è divisibile», sulle quali ho soffermato l'attenzione, meritano di essere tenute in considerazione, però non allo scopo di ricavare da queste ragioni onde fondare una limitazione dei casi nei quali sia opponibile la facoltà di rifiuto da parte del creditore; a mio giudizio, invece, il riferimento alla divisibilità della prestazione è da mettere in relazione con l'esigenza di configurare un differente funzionamento della regola che governa l'estinzione parziale del debito.

In particolare, la conclusione – che per maggior chiarezza qui anticipo – è la seguente: solo a cospetto di una prestazione divisi-

⁵⁹ In questo senso è l'opinione prevalente: si veda, anzitutto, R. CICALA, *Concetto*, cit., 54, nt. 116, 102 s., 182, 195 s., nt. 435; Id., voce *Obbligazione divisibile e indivisibile*, in *Nov. dig. it.*, XI, Torino, 1968, 636 ss., in specie 648; C.A. CANNATA, *L'adempimento*, cit., 121; condivide, almeno per il caso in cui non si tratti di esecuzione *pro parte*, bensì di «adempimento (definitivo) che si rivela quantitativamente inesatto», A. DI MAJO, *L'adempimento*, cit., 95. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 271, «se l'obbligazione è indivisibile, l'accettazione di una parte del bene o del servizio deve intendersi come accettazione provvisoria, subordinata al completamento della prestazione», dunque configurandosi una particolare forma di adempimento parziale dell'obbligazione indivisibile. Sul punto, da ultimo, C. TRANQUILLO, *Richiesta di adempimento parziale 'ex latere creditoris' ed 'exceptio doli generalis'*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 380; Id., *L'esecuzione*, cit., 95 ss., il quale fonda su considerazioni dogmatiche (con riferimenti alla cd. 'Einheitslehre' o 'Einheitslehre', in specie 97, nt. 3 ss.) ed esegetiche (muovendo dalla lettura degli articoli sulle obbligazioni divisibili e dell'art. 1181 cod. civ.) la diversità dei concetti di 'parziarietà' e 'divisibilità' per giungere alla conclusione dell'applicabilità dell'art. 1181 cod. civ. tanto alle obbligazioni divisibili quanto a quelle indivisibili.

bile merita di essere accolta l'impostazione su cui ci si è poc'anzi soffermati, in base alla quale l'adempimento parziale integra un atto dovuto che, in assenza di rifiuto da parte del creditore, può prescindere dall'accordo tra debitore e creditore. In quanto sia divisibile la prestazione, l'adempimento parziale produce effetti parzialmente estintivi senza che sia fatto carico al debitore di dar prova di alcuna convenzione solutoria⁶⁰.

Al contrario, nei casi in cui la prestazione sia indivisibile, la soluzione da preferirsi mi pare quella secondo cui l'assenza del rifiuto non possa bastare perché si produca *ipso iure* una riduzione proporzionale del debito: in tal caso è invece necessario che sia raggiunto un accordo tra creditore e debitore, di cui quest'ultimo è tenuto a fornire prova.

⁶⁰ Esclude la possibilità di un'estinzione parziale dell'obbligazione in ipotesi di obbligazione divisibile, così come di obbligazione indivisibile, A. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., in specie 313 ss.: «l'interesse del creditore è, infatti, soddisfatto 'proporzionalmente' solo nel caso in cui lo stesso possa essere soddisfatto 'progressivamente' e non invece 'parzialmente', in quanto, esattamente come il creditore della prestazione indivisibile, il creditore della prestazione divisibile mantiene sempre interesse all'adempimento integrale della prestazione: è chiaro, infatti, che, se così non fosse, quest'ultimo avrebbe acconsentito alla costituzione di un'obbligazione avente per oggetto una parte soltanto della prestazione» (*ibidem*, 318). Invero, se il fatto che il creditore mantenga l'interesse all'adempimento integrale è fuor di dubbio, quantomeno perché comprovato dall'art. 1181 cod. civ., mi sembra che da ciò non possa trarsi argomento per negare, proprio sulla base di una lettura della medesima disposizione (se non la si voglia ritenere meramente confermativa di ciò che si trae *de plano* dall'art. 1218 cod. civ.), plausibilità all'idea che sussista un meccanismo di estinzione parziale del debito in presenza di adempimento parziale dell'obbligazione divisibile. Dunque, non può che condividersi l'opinione secondo cui «in mancanza di indicazioni di segno contrario, la divisibilità non è da sola sufficiente ad esprimere la disponibilità del creditore ad essere soddisfatto *in parte*, ovvero tramite un adempimento parziale, come, del resto, è ribadito – quasi che il legislatore ne avesse avvertito la necessità – dall'art. 1181 cod. civ.», così come è da ritenersi scontata la risposta di segno positivo all'interrogativo seguente: «occorre, però, ancora stabilire se tale asserzione possa subire qualche temperamento in presenza dell'accettazione espressa di parte della prestazione divisibile». Che il creditore possa sempre effettuare un'accettazione parziale riposa sulla premessa della disponibilità dell'interesse creditorio all'integrità dell'adempimento o – come si è detto al principio del nostro discorso – sul riconoscimento dell'autonomia privata sul terreno degli effetti liberatori dell'adempimento: il punto però è quello di vedere se per l'ipotesi dell'obbligazione divisibile non possa vedersi l'operatività di un meccanismo di estinzione parziale che prescinde dall'accordo tra debitore e creditore e consente di qualificare come atto dovuto quell'adempimento parziale.

Una soluzione così articolata mi pare già in sé ricavabile da un principio generale immanente al nostro codice, in base al quale l'effetto parzialmente estintivo non può mai realizzarsi in presenza di una prestazione indivisibile senza che intervenga l'accordo tra creditore e debitore.

Tale principio è desumibile dalla considerazione della struttura delle obbligazioni indivisibili. La dottrina ha osservato che la divisibilità e la indivisibilità dell'obbligazione sono nient'altro che «la possibilità e la impossibilità di frazionamento dell'oggetto della prestazione, cosa o fatto, in parti, cioè in porzioni contemporaneamente esistenti ed uguali»⁶¹ (possibilità e impossibilità ovviamente da intendersi da un punto di vista giuridico, con riguardo all'interesse creditorio); dunque la natura intrinseca dell'obbligazione indivisibile è incompatibile con la soddisfazione dell'interesse del creditore (*ex art. 1174 cod. civ.*) a mezzo di un adempimento parziale.

Il ragionamento che è sotteso a siffatta impostazione è messo bene in evidenza dalle fonti romane.

In generale, in diritto classico vale la regola per cui l'obbligazione si estingue a seguito della prestazione, da parte del debitore, del *quod debetur* (nelle Istituzioni gaiane, 3.168, *tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur*, riprese da quelle giustiniane, I. 3.29 pr., *tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur*); se per *solutio* deve intendersi il comportamento dovuto in grado di estinguere l'obbligazione, allora *solutio* può dirsi solo quella esatta e totale⁶², mentre ogni deviazione rispetto a que-

⁶¹ R. CICALA, *Concetto*, cit., 230. Sulla divisibilità si veda, nelle fonti classiche, D. 45.1.2 pr. - 1 (Paul. 12 *ad Sab.*): *stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur*; D. 45.1.72 pr. (Ulp. 20 *ad ed.*): *stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium*. Per una ricostruzione del tema della divisibilità, si veda ora M. NOCCELLI, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Le figure speciali*, in *Trattato delle obbligazioni* a cura di L. Garofalo e M. Talamanca, V, Padova, 2010, 919 ss.

⁶² Sotto il profilo dell'esattezza quantitativa, D. 45.1.85.4 (Paul. 75 *ad ed.*): *pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest*. Per un inquadramento di questi problemi, cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 593 ss. Si veda, inoltre, P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, I, *Historische und dogmatische Grundlagen*, Leipzig, 1906, 1 ss. e 31 ss.; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* (Anno acca-

st'impostazione esige il consenso del creditore⁶³. Purtuttavia, quella regola trovò un contemperamento con l'affermarsi dell'insegnamento di Labeone, secondo cui l'adempimento parziale del debitore dava diritto a un'*exceptio doli* avverso una domanda per l'intero, fondata su una stipulazione penale, che il creditore avesse proposto senza tenere conto dell'adempimento parziale stesso⁶⁴.

Così, nelle stesse Istituzioni gaiane, poco dopo la perentoria affermazione di cui in 3.168 (poc'anzi riportata), si legge in 3.172: *item quod debetur pro parte recte solvitur; an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum est*.

In epoca severiana, era riconosciuto per opera di Paolo che si producebbe un effetto parzialmente liberatorio in conseguenza di un adempimento in misura ridotta nel caso di obbligazioni verbali aventi a oggetto una certa quantità di denaro⁶⁵.

L'idea secondo cui l'adempimento parziale avrebbe condotto a un effetto proporzionalmente liberatorio trova quindi conferma in Ulpiano. Ciò emerge da:

Ulp. 24 *ad Sab.* D. 46.3.9.1: *qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent: item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur*.

Più prudente invece un altro passo ulpiano, ove è ripresa l'opinione di Celso e Marcello, in cui si precisa che l'efficacia parzial-

demico 1930-31), Napoli, 1931, 72 ss.; S. CRUZ, *Da 'solutio'. Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins*, I, *Épocas arcaica e clássica*, Coimbra, 1962, 146 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, I.1, Milano, 1969, 303 s.

⁶³ Sul punto, S. SOLAZZI, *L'estinzione*, cit., 84, nt. 1; S. CRUZ, *Da 'solutio'*, cit., 147; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 251 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni*, cit., 303; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 236. Ogni deviazione si giustifica per il prevalere di una diversa regola configurabile come *ius speciale*, secondo A. GUARINO, *Studi sulla 'taxatio in id quod facere potest'*, in *SDHI*, VII, 1941, 14 ss., in relazione alle ipotesi del concordato e del *beneficium competentiae*.

⁶⁴ Cfr. D. 2.11.9.1 (Ulp. 77 *ad ed.*); si veda anche D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*). Su questi problemi, v. M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 227 ss.

⁶⁵ Cfr. Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.2 pr.-1, riportato *supra*, nt. 61; del medesimo giurista si vedano inoltre: Paul. 75 *ad ed.* D. 45.1.85.6 e Paul. 6 *resp.* D. 19.1.47.

mente liberatoria è posta in condizione di pendenza sino al completamento della stessa prestazione. Il passo è:

Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.13: *si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita.*

Il testo rappresenta un'ipotesi di obbligazione alternativa, nascente da *stipulatio* di dare dieci oppure Stico, di fronte alla quale si pone il problema se colui che abbia pagato cinque sia liberato per la corrispondente misura oppure se possa essere esperita la *condictio* per quanto indebitamente corrisposto: Ulpiano dice che tanto a Celso quanto a Marcello parve che l'adempimento parziale ponesse il debitore in una situazione di pendenza tale per cui, fin tanto che non fosse stato corrisposto il residuo oppure non si fosse dato Stico, non si sarebbe potuta realizzare la definitiva estinzione; e solo se fosse stato dato Stico si sarebbe potuta esperire la *condictio* per cinque⁶⁶.

Se dunque in linea generale si può concludere che solo in ragione delle circostanze del caso di specie era valutabile se l'adempimento parziale di un'obbligazione divisibile si rivelasse immediatamente liberatorio in misura corrispondente – e ciò sempreché il soddisfacimento finale del creditore non risultasse compromesso⁶⁷ –, nondimeno risulta chiaro che tale possibilità poteva darsi

⁶⁶ Su questi problemi, M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 227 ss., e P. ZILIOOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Padova, 2004, in generale 170 ss., nonché sul passo riportato 183 ss.

⁶⁷ Cfr. C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 138 s., nt. 25, il quale osserva che, di contro a una precedente e diversa opinione (quella di S. SOLAZZI, *L'estinzione*, cit., 84 ss.), l'adempimento parziale di un'obbligazione divisibile si sarebbe ritenuto «corretto e liberatorio in misura corrispondente (Gai. 3.172)», sep-

esclusivamente in presenza di obbligazioni divisibili. Viceversa, per le obbligazioni indivisibili tale automatico effetto liberatorio parziale rimaneva escluso.

Ma si torni ora a guardare al codice vigente.

Alla conclusione dianzi indicata – ossia che solo a cospetto di una prestazione divisibile l'adempimento parziale integra un atto dovuto che, in assenza di rifiuto da parte del creditore, può prescindere dall'accordo tra debitore e creditore – mi pare induca la lettura dell'art. 1320 cod. civ., la cui rubrica è significativamente dedicata all'«estinzione parziale»⁶⁸.

Dalla norma, che è specificamente orientata a disciplinare il caso in cui si fronteggino una pluralità di creditori e un debitore in caso di obbligazioni divisibili e indivisibili (quella *extricatio labyrinthi dividi et individui* di molineiana memoria⁶⁹), mi pare possa ricavarsi la regola per cui l'estinzione parziale, intesa come riduzione proporzionale del debito, si verifica solo in presenza di obbligazioni divisibili senza necessità che intervenga un accordo tra i soggetti del rapporto obbligatorio: a differenza delle obbligazioni solidali divisibili, qualora l'obbligazione sia indivisibile, non si producono gli effetti di un'estinzione parziale del debito se non si proceda all'addebitamento (ovvero all'immediato rimborso del valore della parte) da parte dei concreditori che non abbiano proceduto a liberare il debitore, affinché non si realizzi un ingiustificato arricchimento in conseguenza di un altrui sacrificio (così, se per esempio Tizio è obbligato nei confronti di Caio, Sempronio e Mevio a costruire una casa, e Caio rimette il debito, Tizio è del pari tenuto a costruire la

pure non in tutti i casi, come per esempio «se il debito avesse per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa divisibile solo giuridicamente (uno schiavo, un vaso, un animale) determinata secondo il genere (Ulp. D. 46.3.9.1; Paul. D. 45.1.85.4)».

⁶⁸ L'articolo prevede che «se uno dei creditori ha fatto remissione del debito o ha consentito a ricevere un'altra prestazione in luogo di quella dovuta, il debitore non è liberato verso gli altri creditori. Questi tuttavia non possono domandare la prestazione indivisibile se non addebitandosi ovvero rimborsando il valore della parte di colui che ha fatto la remissione o che ha ricevuto la prestazione diversa. La medesima disposizione si applica in caso di transazione, novazione, compensazione e confusione».

⁶⁹ Come ricordato da F. CARRESI, *La cd. estinzione parziale delle obbligazioni indivisibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 617 ss. Sul funzionamento dell'art. 1320 cod. civ. si veda inoltre Cass. 10 novembre 1960, n. 3012, in *Giust. civ.*, 1961, I, 30 ss., con nota di F. BRIGNOLA, *Sull'estinzione parziale dell'obbligazione indivisibile*.

casa, però ha diritto di farsi accreditare dagli altri creditori il valore della porzione di Caio)⁷⁰.

Proprio partendo dal presupposto che l'obbligazione indivisibile per la sua stessa natura può eseguirsi solo integralmente, affinché sia soddisfatto l'interesse creditorio, si ricava la necessità del coinvolgimento della volontà delle parti dell'obbligazione per la realizzazione degli effetti dell'art. 1320 cod. civ., ossia la riduzione proporzionale del debito.

Si può dunque ripetere che l'effetto parzialmente estintivo non è realizzabile in presenza di una prestazione indivisibile senza l'accordo tra creditore e debitore.

È venuto il momento di tirare le somme.

Una ricostruzione della disciplina nei termini fin qui descritti mi pare consenta un adeguato temperamento delle esigenze in campo. In effetti non è paragonabile la situazione che si viene a creare per il creditore allorché l'offerta di adempimento parziale abbia per oggetto una prestazione divisibile (si pensi a una somma di denaro) oppure indivisibile (si faccia il caso della consegna di un computer senza disco rigido)⁷¹.

In ciascun caso, a fronte dell'offerta del debitore di un adempimento parziale, il creditore dispone del rimedio rappresentato dal rifiuto *ex art.* 1181 cod. civ., in grado di evitare l'effetto parzialmente estintivo e al contempo di fondare la mora del debitore sull'intero, cosicché l'adempimento parziale rifluirebbe nell'ambito dell'inadempimento 'tout court'. Se l'offerta non venga rifiutata, occorre distinguere: in caso di indivisibilità deve essere concluso un accordo tra creditore e debitore, di cui quest'ultimo è tenuto a dar prova; in caso di divisibilità, invece, si può prescindere dall'ac-

⁷⁰ Secondo F. CARRESI, *La cd. estinzione*, cit., 618, attesa la *ratio* di evitare un ingiustificato arricchimento, si sarebbe dovuto quindi valutare «se l'addebito o il rimborso debba aver luogo in ogni caso, oppure soltanto quando si dimostri che gli altri creditori hanno risentito un beneficio in conseguenza della riduzione del numero dei destinatari della prestazione», propendendo per l'esclusione del rimborso o dell'addebito in assenza di beneficio.

⁷¹ Si sofferma sul rapporto intercorrente tra divisibilità dell'obbligazione, funzionalità della prestazione e interesse del creditore, A. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 226 ss., la quale però muove dal problema – collegato, ma ancora diverso – dell'applicazione dell'art. 1464 cod. civ. e dunque della facoltà di recesso dal contratto per colui che non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

cordo. Solo in quest'ultima ipotesi la mancanza del rifiuto dell'adempimento parziale da parte del creditore è da considerarsi alla stregua di una 'diversa' modalità di esecuzione, tale per cui l'atto di adempimento rimane atto dovuto e non si richiede un accordo con il creditore.

Per quanto detto, quindi, solo a cospetto di una prestazione divisibile può dirsi integrata una fattispecie che si colloca, per così dire, sul crinale tra inadempimento e adempimento; e la prestazione parziale può essere riguadagnata, anche in assenza di accordo, al terreno dell'adempimento, *sub specie* di nuova ipotesi di soluzione che interviene sul tronco del medesimo 'Obligationsprogramm'.

Ciò induce a un'ulteriore considerazione: va respinta come eccessiva l'opinione, piuttosto diffusa, secondo cui «nelle obbligazioni indivisibili non ha senso parlare di un'estinzione parziale»⁷²: non v'è ragione per impedire al creditore – il quale non preferisca esercitare il rifiuto di cui all'art. 1181 cod. civ. – di mantenere l'interesse a un adempimento parziale, cui corrisponda un'estinzione parziale (nell'esempio appena proposto, la consegna del computer senza disco rigido corrisponde a una proporzionale riduzione del debito). Però, come ho cercato di dire, nel caso dell'obbligazione indivisibile è necessario che intervenga l'accordo tra debitore e creditore intorno agli effetti dell'atto e quindi al valore da attribuire all'adempimento parziale, oltre che alle modalità con cui debba realizzarsi il completamento della prestazione.

8. *Art. 1181 cod. civ. e art. 1460 cod. civ.: divisibilità della prestazione e limite di buona fede all'esercizio della facoltà di rifiuto.*

La differenziazione del regime dell'adempimento parziale con riserva di saldo in ragione della divisibilità o meno dell'obbligazione emerge non solo con riferimento agli effetti del mancato rifiuto da parte del creditore (onde determinare la necessità o meno dell'accordo, come si è visto finora), ma anche con riguardo ai limiti entro i quali quel rifiuto sia esercitabile.

⁷² Così F. CARRESI, *La cd. estinzione*, cit., 617; nello stesso senso, R. CICALA, *Concetto*, cit., 196, nt. 435; A. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 70 s., nt. 40.

È utile, in questo caso, muovere da un breve raffronto tra l'art. 1181 cod. civ. e l'art. 1460 cod. civ.

Evidente è la diversità ravvisabile nei presupposti generali tra le tutele rappresentate dal rifiuto di adempiere e dall'eccezione d'inadempimento: mentre l'ambito di applicazione dell'art. 1181 cod. civ. è quello dell'obbligazione in sé considerata, l'art. 1460 cod. civ. è invocabile in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive.

Tanto il rifiuto ai sensi dell'art. 1181 cod. civ. quanto l'eccezione d'inadempimento *ex art.* 1460 cod. civ. sono mezzi di difesa prescindenti dalla colpa (nell'art. 1181 cod. civ. la dottrina ha riconosciuto una «forma di tutela oggettiva dell'interesse del creditore»⁷³), che non incidono sulla sussistenza del vincolo: quello imposto dall'obbligazione nel caso dell'art. 1181 cod. civ., nonché quello tra le prestazioni – dunque sinallagmatico – nell'ipotesi dell'art. 1460 cod. civ. L'art. 1181 cod. civ., al pari dell'art. 1460 cod. civ., non incontra un limite commisurato all'importanza dell'inadempimento⁷⁴. Stante la base 'oggettiva' del rifiuto *ex art.* 1181 cod. civ.⁷⁵, il creditore ha di per sé – salvo quanto si dirà tra un attimo – facoltà di rifiutare l'adempimento anche, per esempio, nell'ipotesi in cui l'inesattezza quantitativa dipenda da errore di calcolo del debitore sul *quantum* dovuto⁷⁶.

Sul piano delle conseguenze occorre notare che, se con il rifiuto *ex art.* 1181 cod. civ. il creditore rinuncia a quanto in definitiva gli spetta, in forza dell'eccezione d'inadempimento *ex art.* 1460 cod. civ., invece, il creditore pronto ad adempiere si esonera anche dalla prestazione contrattualmente prevista a proprio carico. Ciò discende, evidentemente, dal fatto che il meccanismo dell'art. 1181 cod. civ. opera sull'obbligazione (l'unica che venga in considerazione), il cui adempimento soddisfa l'interesse del creditore, che è anche colui che è autorizzato a rifiutare; invece l'eccezione d'inadempimento si inserisce nella cornice del contratto sinallagmatico, dunque in un rapporto tra prestazioni.

⁷³ Così A. DI MAJO, *L'adempimento*, cit., 98.

⁷⁴ Come prevede invece l'art. 1455 cod. civ., in relazione all'art. 1453 cod. civ.

⁷⁵ Cfr. Cass. 15 gennaio 2001, n. 506, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 88; Cass. 8 gennaio 1987, n. 20, cit. In dottrina, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 403.

⁷⁶ Con significativo ampliamento delle facoltà di valutazione e di difesa del creditore, come sottolinea A. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 285.

Fermo restando quanto appena detto circa la diversità dei piani su cui si collocano, per un verso, l'art. 1181 cod. civ. (piano dell'obbligazione) e, per altro verso, l'art. 1460 cod. civ. (quello del rapporto tra le prestazioni contrattuali), l'adempimento parziale dell'obbligazione dà corpo alla facoltà del creditore, all'interno della struttura sinallagmatica del contratto, di rifiutare l'adempimento della prestazione a suo carico, proprio invocando l'art. 1460 cod. civ. Così, non v'è dubbio che i rimedi siano pur sempre impieghiabili 'in sequenza', di modo che l'inadempimento, dal piano dell'obbligazione, produca un impatto su quello del contratto⁷⁷: anche se nel passaggio dall'uno all'altro piano dovrà essere rigorosamente osservato il rispettivo regime, per cui, se per esempio sia richiesta la risoluzione del contratto, occorre che l'inadempimento di una parte sia di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra, secondo quanto prevede l'art. 1455 cod. civ.

Il più macroscopico aspetto di asimmetria tra l'art. 1181 cod. civ. e l'art. 1460 cod. civ., su cui occorre incentrare qui l'attenzione, è rappresentato dal fatto che il primo non riserva alcun richiamo alla buona fede come limite al rifiuto dell'adempimento, come fa invece il comma 2 dell'art. 1460 cod. civ. Nell'art. 1181 cod. civ. non è ricompresa una previsione analoga a quella dettata dal comma 2 dell'art. 1460 cod. civ., ove si stabilisce che «non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede».

Ciò nondimeno, la dottrina suggerisce l'opportunità di fissare un limite di buona fede al rifiuto di cui all'art. 1181 cod. civ.⁷⁸. In effetti, il rifiuto del creditore meriterebbe di essere vagliato alla luce dei principi di correttezza e buona fede: e ciò si può affermare attingendo alla clausola generale di cui all'art. 1175 cod. civ., il quale

⁷⁷ Nello spostamento dal piano dell'obbligazione a quello del contratto viene in rilievo anche l'art. 1464 cod. civ., in tema di impossibilità parziale della prestazione e conseguente facoltà della parte di «recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale». Qui non si fa questione di adempimento parziale, bensì di impossibilità parziale: significativo è semmai il riconoscimento di fonte legale del sussistere di un interesse creditorio all'adempimento parziale.

⁷⁸ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, 200; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 402. Sulla questione, C. TRANQUILLO, *L'esecuzione*, cit., 51 ss.

impone anche al creditore un comportamento secondo correttezza, oppure, attraverso un altro percorso, proponendo un'applicazione analogica – giusta una fondamentale identità di *ratio* – del comma 2 dell'art. 1460 cod. civ. appena richiamato.

A prescindere qui dalla preferenza per l'una o l'altra via argomentativa, ritengo che anche nella prospettiva del rifiuto che venga opposto da parte del creditore (nei §§ precedenti invece si era discusso degli effetti del non rifiuto sulla necessità o meno dell'accordo) debba evidenziarsi la differenziazione del regime tra l'adempimento parziale di prestazione divisibile e l'adempimento parziale di prestazione indivisibile.

La divisibilità della prestazione rimanda, a mio parere, alla possibilità per il debitore di invocare un innalzamento della soglia posta dalla regola di buona fede oggettiva a fronte del rifiuto del creditore. Si deve credere che la buona fede plasmi dall'interno la gestione del rapporto tenendo conto dei precipui caratteri strutturali dell'obbligazione: se divisibile o indivisibile è l'obbligazione in ragione della divisibilità o meno dell'interesse creditorio⁷⁹, allora è da giudicarsi *contra bonam fidem* il rifiuto opposto quando, di fronte a un'obbligazione divisibile, il creditore non abbia una reale e specifica ragione per la quale non consentire a una riduzione dell'ammontare del debito. Basti pesare al caso in cui il creditore rifiuti senza una specifica ragione di accettare la somma di 99 euro, a fronte di un debito di 100 (e dell'impegno del debitore a completare nei tempi più rapidi il pagamento), proprio con l'intenzione di far scattare gli effetti della mora sull'intero⁸⁰.

Invece, in presenza di un'obbligazione indivisibile, una valutazione di buona fede evidenzia la tendenziale sussistenza di un interesse creditorio ben più marcato a ricevere la prestazione nella sua integrità: il creditore potrebbe senz'altro rifiutare di ricevere nei lo-

⁷⁹ È l'insegnamento di R. CICALA, *Concetto*, cit., 230 s.

⁸⁰ D'altra parte, nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie, che occupano un posto fondamentale all'interno delle obbligazioni divisibili, se la buona fede è chiamata a operare sotto il profilo 'qualitativo' (basti pensare alla celebre pronuncia delle Sezioni Unite n. 26617 del 18 dicembre 2007, in tema di accettabilità dell'assegno circolare: la si legga in *Vita not.*, 2008, 258 ss.), imponendo l'accettazione di (alcuni) strumenti di pagamento differenti dal denaro contante, nell'ipotesi prospettata essa sarebbe invocata sotto l'aspetto 'quantitativo'.

cali della propria azienda un ingombrante macchinario privo di un congegno fondamentale per il suo funzionamento, in attesa della consegna di quel congegno di non facile reperibilità. Orbene, in un'ipotesi di tal genere il limite di buona fede alla facoltà di rifiuto non sarebbe certamente superato.

Le considerazioni appena svolte in ordine al limite di buona fede all'esercizio della facoltà di rifiuto da parte del creditore, a seconda della divisibilità o meno della prestazione, meritano di essere tenute in conto assieme a quelle sopra espresse circa la necessità o meno dell'accordo, affinché possa prodursi l'effetto caratteristico consentito dall'applicazione dell'art. 1181 cod. civ., ossia quello di una riduzione dell'entità del debito a seguito di adempimento parziale.

Così, l'affermazione secondo cui la mancanza del rifiuto all'adempimento parziale, in presenza di obbligazione divisibile, conduce alla proporzionale estinzione del debito, merita ora di essere completata precisando che a tale esito si perviene anche qualora il rifiuto del creditore pur vi sia stato, ma esso risulti contrario a buona fede.

Nell'insieme, mi sembra se ne ricavi una disciplina piuttosto articolata, certo non priva di qualche tortuosità, ma complessivamente coerente, in grado di assecondare le differenti dinamiche cui può dar luogo, a seconda della natura della prestazione, oltretutto della presenza o meno di un rifiuto del creditore, un adempimento parziale con riserva di saldo.

Ancor più estesa, poi, appare la geografia dei problemi quando si richiamino le considerazioni svolte in precedenza con riguardo all'adempimento parziale soddisfattivo: a riprova – se ve ne fosse bisogno – che fenomeni assai ricorrenti nella prassi pongono spesso problemi dogmatici assai più gravi di quanto una loro superficiale considerazione possa far pensare.